

A ESCUTA TELEFÔNICA À LUZ DA LEI Nº 9.296/96

ERON VERÍSSIMO GIMENES

*Delegado de Polícia em Lençóis Paulista-SP.
Ex-aluno da Faculdade de Direito de Bauru – ITE.*

LUCAS PIMENTEL OLIVEIRA

*Promotor de Justiça em Lençóis Paulista – SP e
Professor de Direito Processual Penal
na Faculdade de Direito de Bauru – ITE.*

1. BREVE RESGATE HISTÓRICO

Até o ano de 1988 a escuta telefônica era admitida desde que obtida com prévia autorização judicial, pois o Código Brasileiro de Telecomunicações assim permitia (art. 57, inc. II, alínea *e*, da Lei nº 4.117/62).

Com o advento da Constituição Federal de 1988, mormente o seu inc. XII, parte final, do art. 5º, que declara ser *inviolável o sigilo... das Comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses, e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal*, abriu-se uma exceção à inviolabilidade, possibilitando a violação das comunicações telefônicas, desde que presente três requisitos, a saber:

1 – ordem judicial;

2 – para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; e,

3 – nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer.

Entretanto, quanto ao terceiro requisito: *nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer*, apesar da doutrina e os Tribunais divergirem sobre a recepção e a possibilidade de utilização do Código de Telecomunicações, o Supremo Tribunal Federal, por maioria de seus membros, partilhava a idéia de que a falta de lei que, nos termos Constitucionais, venha a discipliná-la e viabilizá-la, contamina todas as provas oriundas, diretamente ou indiretamente, das informações obtidas na escuta. Acresce anotar que o inc. XII do art. 5º da Carta Maior, não recepcionou o art. 57, II, e, da Lei nº 4.117/62, *Código Brasileiro de Telecomunicações*. No caso *sub examine*, a interceptação telefônica estaria vedada, pois o Código suso mencionado (Telecomunicações) não se refere as hipóteses e a forma tangidas pela Constituição Federal, não suprimindo a ausência da lei específica.

Em sentido contrário, chegou-se a esposar a tese de que referido entendimento seria autêntica porta aberta para a criminalidade, não se podendo olvidar que o crime organizado é planejado cientificamente para uma execução quase perfeita e, com a devida venia, opinião diversa resultaria em odiosa impunidade, colocando em risco o próprio interesse público em punir os autores de delito de extrema gravidade e repercussão social, como o tráfico ilícito de entorpecentes.

Em que pese as argumentações, necessário se faz enveredarmos pela *Teoria da Árvore dos Frutos Envenenados – Fruit of the Poisonous Tree* – contexto segundo o qual o STF vem decidindo pela ilegalidade de prova ilicitamente obtida por derivação, aduzindo que não havendo lei disciplinadora das hipóteses e da forma indicada no inc. XII, parte final, do art. 5º, da CF, a escuta não pode ser realizada, não valendo como prova, contaminando tudo aquilo que se obtém a partir de referida escuta, mesmo se feita com Autorização Judicial.

Vale lembrar, que o Supremo Tribunal Federal, no acórdão nº 69.912-0-RS, de abril de 1993, esposou a tese da professora Ada

Pellegrini Grinover, decidindo que, enquanto o legislador não editar a lei reclamada no dispositivo constitucional, o Judiciário não poderia determinar a quebra do sigilo telefônico, pois seria uma prova obtida ilicitamente, sem qualquer valia para levar a bom termo a condenação do investigado, correndo o risco o praticante da escuta telefônica de violação da figura típica descrita no art. 151 § 1º, II, do CP.

E mais, a escuta telefônica, ainda que autorizada pelo Juiz (antes do advento da Lei nº 9.296, de 24-7-96, regulamentadora do inc. XII, parte final, do art. 5º da CF), constituía prova materialmente ilícita. A Lei Fundamental da República compelia, para efeito de atuação da norma que excepcionalmente autorizaria a interceptação das conversas telefônicas, a edição necessária e não eliminável, ao Ato Legislativo que, para fins de investigação criminal ou de instrução processual penal, indicasse as hipóteses e a forma com que se executaria a escuta telefônica. Sem a lei conclamada, os meios de prova ilícitos, obtidos nas interceptações ou gravações de conversações telefônicas, não podem servir de sustentação ao inquérito policial ou a ação penal, sob pena de ser argüida a *Fruit of the Poisonous Tree*.

No mesmo sentido, necessário se faz citarmos a tese da ilegalidade argüida pelo advogado paulista, Marcos Roberto Alexandre, depois que José Pereira da Rosa (Zé Português), na companhia de mais dois asseclas (José Roque de Medrada – o Chicha – e José Costa), foram capturados por agentes policiais do Departamento de Narcóticos (DENARC) em dezembro de 1994, quando chegavam a São Paulo num caminhão procedente de Campo Grande/MS, transportando um grande carregamento de cocaína (85 quilos), oculto em aparas de papel e eram destinadas à favela de Vigário Geral/RJ. Referida investigação policial foi encetada a partir da escuta telefônica requisitada mediante Autorização Judicial, devidamente concedida pelo R. Juízo do Departamento de Inquéritos Policiais (DIPO).

Os fatos retratados deram causa ao *Habeas Corpus* nº 73.351/4-SP, julgado pelo Excelso Pretório em 9-5-96, acolhendo a tese da *Fruit of the Poisonous Tree*, reconhecendo que a prova colhida é ilícita e contamina outros elementos probatórios

eventualmente coligidos quando da escuta, mesmo que feitos com Autorização Judicial.

2. APLICABILIDADE

Depreende-se do referido texto de lei, em seu art. 1º, que esta aplica-se a qualquer forma de interceptação telefônica, inclusive a processada através do sistema de Informática e Telemática. Entretanto, não se pode olvidar que o Legislador limitou sua aplicação apenas aos crimes apenados com reclusão (inc. III, do art. 2º), restando excluídas as Contravenções Penais que são punidas com prisão simples os crimes apenados com detenção.

Surge a primeira crítica ao Legislador, pois o critério estabelecido apoia-se no preceito secundário, mais especificamente na espécie da pena privativa de liberdade, deixando fora do alcance, p. ex.: o crime de ameaça cometido por telefone, no qual o meio de provas em estudo seria de suma importância para a apuração da autoria.

Contudo, não basta apenas a aplicação nos crimes apenados com reclusão, é preciso que a escuta telefônica seja realmente utilizada como valioso instrumento de prova nos crimes de maior ou menor gravidade, desde que não seja possível a utilização de outros meios de prova.

Por esses aspectos salientados, entendemos que a Lei nº 9.296/96, que regulamenta o inc. XII, parte final do art. 5º da Carta Maior, poderia ser aplicada na contravenção de jogo do bicho, nos crimes contra a honra praticados pelo telefone, *fato mais comum*, e outras a critério do Legislador, mas com dificuldade de obtenção de provas por outros meios.

Na verdade, somos partidários de que a interceptação telefônica deve ser utilizada em qualquer infração penal, porque existem determinadas infrações que as provas permanecem na clandestinidade, e o que vem a lume não oferece porto seguro para uma condenação. Por outras palavras, desde que a prova não possa ser feita por outro meio, a interceptação de comunicação

telefônica deve ser admitida, ainda que a infração não seja apenada com reclusão.

Nesse sentido, de grande valia o Projeto elaborado pela professora Ada Pellegrini Grinover, transcrito em sua obra *Novas Tendências do Direito Processual*, Forense Universitária, 1990, pp. 430-435. Referido projeto foi estribado nos sistemas alemão e italiano, especificando como infrações penais sujeitas a interceptações telefônicas: tráfico de substância entorpecente e drogas afins, tráfico de mulheres e subtração de incapazes, quadrilha ou bando, crime contra a ordem econômica e financeira, falsificação de moedas, extorsão simples e extorsão mediante seqüestro, contrabando, homicídio qualificado e roubo seguido de morte e outros decorrentes de organização criminosa.

3. HIPÓTESES

A técnica redacional especifica as hipóteses de vedação para a concessão da interceptação de comunicações telefônicas, é assemelhada ao instituto da fiança (art. 323 e 324). Estranhamente, não se trata de requisitos. Verifica-se, portanto, que o art. 2º da Lei nº 9.296/96 estabelece que não será admitida a interceptação das comunicações telefônicas:

I – se não houver indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal. Acresce anotar que, nesse contexto, observa-se como causa obstativa desse meio de prova, a ausência do pressuposto inderrogável de toda medida de natureza cautelar: *o fumus boni iuris*, fumaça do bom direito, que emerge no caso em tela sob o manto da probabilidade de autoria ou participação e a materialidade – ocorrência do preceito primário – fato típico.

II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo com pena de detenção *nesse caso, somente será possível nos crimes apenados com detenção*.

Demais disso, insta acentuar que em qualquer hipótese, deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação,

inclusive, com a indicação e qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada. Também aqui se observa a mesma roupagem utilizada pelo legislador, insere no art. 243 do CPP, incs. I e II, ao tratar do Mandado de Busca e Apreensão.

Na lista de argumentos que poderiam ser relacionados, não se pode deslembrar que o dispositivo em questão somente se referiu à interceptação, excluindo do texto a escuta e as gravações das comunicações telefônicas, e mais, a gravação de conversa entre presentes feita por um dos interlocutores, o que, no futuro, gerará discrepância no trato com a matéria.

A sensação de impunidade, fator relevante que impera no mundo do crime, funcionando como verdadeira porta aberta ao marginalizado, impelindo-o de volta à prática reiterada de infrações penais (não importando se de menor ou maior gravidade), aliada à difusão, incontrolada pelos meios de comunicação de furtos, roubos, latrocínios, estupros, homicídios, chacinas, etc..., produz na população o sentimento da insegurança.

Com a chegada deste novo dispositivo, o combate à criminalidade ganha nova força, e aqui se faz imperioso destacar a figura imprescindível da autoridade policial, literalmente o delegado de Polícia, tendo a nova sistemática jurídica se referido diversas vezes a esse profissional do Direito, deixando claramente o interesse do legislador em valorizá-lo, porque não há como se admitir o contrário, o que seria caminhar contra a lógica jurídica do novo Diploma no trato com tão relevante matéria.

Por derradeiro, a responsabilidade da autoridade policial ganha grandes contornos no combate aos crimes, principalmente o organizado, devendo a autoridade policial balizar sua conduta dentro dos liames estabelecidos na Lei nº 9.296/96, ou seja, na apuração das infrações penais onde seja imperioso o uso da interceptação telefônica.

4. PROCEDIMENTO

Nos arts. 3 a 9 cuidou o legislador de regradar o procedimento para realização da interceptação de comunicações telefônicas, desde os legitimados para postularem a realização da prova, até a destinação final da mesma nos autos.

4.1. *Legitimidade para requerer*

a) Nos termos do art. 3, inc. I, a autoridade policial poderá requerer a interceptação de comunicações telefônicas na investigação criminal.

Impede observar que a lei não exige a instauração de inquérito policial, admitindo a utilização da interceptação na fase inicial das investigações, ainda que empreendidas antes da formal instauração do procedimento investigatório. Contudo, não se pode esquecer que a lei condiciona o deferimento do pedido a existência de indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal (art. 2, inc. I), cabendo à autoridade policial demonstrar a existência de tal requisito no pedido que dirigir ao Juiz.

b) O representante do Ministério Público tem legitimidade para postular a realização da interceptação de comunicações telefônicas tanto na fase de investigação criminal, quanto na instrução processual penal (art. 3, inc. II).

c) A lei conferiu legitimidade ao querelante e ao assistente de acusação para requererem a realização da prova em estudo, incorrendo, no meu sentir, em mais uma omissão.

Malgrada a omissão legislativa, penso que o querelante, sendo acusador na ação penal privada, também poderá requerer a realização da prova, pois, do contrário, estaríamos cerceando seu direito de acusar, violando o princípio da isonomia previsto no art. 5, *caput*, da CF.

E o assistente de acusação também poderá requerer a produção da prova em estudo. Com efeito, nos termos do art. 271 do CPP,

Ao assistente será permitido propor meios de prova.... Ora, sendo a interceptação de comunicações telefônicas um meio de prova, não vejo como negar ao assistente de acusação o direito de requerê-la ao Juiz.

Poder-se-ia contra-argumentar que, sendo o CPP lei geral, ficaria derogado pelo diploma especial em estudo, pois a lei especial derroga a lei geral.

Tal ponderação, porém, não pode prosperar, pois vigora no processo penal o Princípio da Verdade Real.

Não é demais lembrar, por derradeiro, que o pedido do assistente poderá ser indeferido por ilegitimidade e, ao mesmo tempo, encampado pelo Juiz em deferimento *ex officio*.

d) Por fim, e como não poderia ser diferente, o legislador possibilitou ao Juiz o deferimento da prova de ofício (art. 3, *caput*).

4.2. Do pedido

a) requisitos

Em regra, o pedido deve ser escrito, contendo ... *a demonstração de que a sua realização é necessária à apuração da infração penal, com indicação dos meios a serem empregados* (art. 4, *caput*).

Nota-se a preocupação do legislador em respeitar a regra instituída pela Carta Magna, qual seja a do sigilo das comunicações (art. 5, inc. XII). Assim, se a prova puder ser feita por outros meios disponíveis não será deferida a interceptação, conforme já mencionado no inc. II do art. 2.

Imprescindível a menção da infração penal investigada, para fins de constatação da admissibilidade do pedido, nos termos do disposto no art. 2, inc. III. O objeto da investigação limitará o campo de incidência da prova coligida, razão pela qual se torna indispensável sua menção expressa no pedido.

Do pedido também deverá constar os elementos indiciários de autoria ou participação criminal envolvendo a pessoa em relação a quem se pretender quebrar o sigilo. E os investigados deverão ser qualificados no pedido, ... *salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada*, art. 2, parágrafo único.

Por fim, o pedido deverá especificar os meios que serão empregados na interceptação.

Em caráter excepcional, admite o legislador a formulação de pedido verbal, sem dispensa da posterior redução a termo, (art. 4, § 1). Mesmo em se tratando de pedido verbal, caberá ao requerente expor ao Juiz a presença dos requisitos exigidos para o *deferimento da prova*.

b) endereçamento – decisão

O pedido deve ser endereçado ao Juiz competente da ação penal principal, art. 1 *caput*, entendido como tal o atuante no local da consumação da infração penal, nos termos do art. 70, *caput*, do CPP.

Vale lembrar que, se no local da consumação houver mais de um Juiz igualmente competente, qualquer deles poderá apreciar o pedido, tornando-se prevento, art. 83 do CPP.

Nos termos do art. 8, o pedido de interceptação será autuado em autos apartados, apensados no inquérito policial ou no processo judicial.

O Juiz tem o prazo máximo de 24 horas para decidir sobre o pedido, art. 4, § 2º, e o Promotor de Justiça não será ouvido antes, em vista da natureza da prova, que impõe agilidade no processamento do pedido.

Em conformidade com a norma constitucional, art. 93, inc. IX, reza o art. 5 que: *A decisão será fundamentada, sob pena de nulidade, indicando também a forma de execução da diligência...*

O mesmo art. 5 fixa o prazo máximo de quinze dias para interceptação, ... *renovável por igual tempo uma vez comprovada a indispensabilidade do meio de prova*.

Pode parecer, assim, que o prazo máximo de quebra do sigilo seria de trinta dias. Contudo, não pode prevalecer tal entendimento, sob pena de prejudicar o sucesso das investigações, notadamente nos delitos de maior complexidade, como nos crimes organizados. Assim, entendo que enquanto estiverem presentes os requisitos exigidos pela lei a diligência poderá ser realizada, impondo-se, a cada quinze dias, a renovação pela Autoridade Judiciária.

Se o pedido for indeferido o Promotor de Justiça poderá impetrar mandado de segurança, para tornar efetivo o seu direito à prova, como consectário do direito de acusação.

c) deferimento do pedido – atos subsequentes

Se o pedido for deferido, caberá à autoridade policial executar os procedimentos necessários para cumprimento da ordem, conduzindo os procedimentos de interceptação, podendo requisitar serviços e técnicos especializados às concessionárias de serviços públicos, arts. 6, *caput* e 7.

O representante do Ministério Público deverá tomar ciência do deferimento do pedido, podendo acompanhar a realização das diligências de interceptação.

Sendo gravada a comunicação interceptada, deverá o Delegado de Polícia, independentemente de requisição judicial, determinar a transcrição.

d) destino da prova interceptada

Cumprida a diligência, a autoridade policial encaminhará relatório ao Juiz, expondo os atos realizados e o resultado da interceptação.

O relatório da Autoridade Policial e os documentos encaminhados serão juntados ao pedido de interceptação, autuado em apartado e apensado aos autos principais do inquérito policial ou do processo criminal.

Se a prova for produzida durante o inquérito policial, o indiciado não terá acesso à mesma, pois não há contraditório nesta

fase da *persecutio criminis*. Deverá aguardar a fase judicial para análise e eventual questionamento da prova.

Contudo, se a interceptação for efetivada na fase judicial, é evidente que, em razão do contraditório, a Defesa terá pleno acesso e direito de impugná-la.

O Juiz deverá determinar a inutilização da gravação que não interessar ao desfecho do processo, dando ensejo ao incidente de inutilização. Se não houver decisão de ofício, poderá o Ministério Público ou a parte interessada requerer ao Juiz tal providência. Qualquer pessoa que tenha participado, direta ou indiretamente, na conversa interceptada poderá requerer a destruição da prova ao Juiz. Em suma, é o detentor do direito ao sigilo, violado legalmente, art. 9, *caput*.

A providência poderá ser adotada em qualquer fase da persecução criminal, não se exigindo o desfecho do processo. Em qualquer caso, o Ministério Público assistirá a diligência, facultando-se a presença do indiciado ou de seu representante legal.

Não cuidou o legislador de estipular a forma de destruição, cabendo ao Juiz indicar na decisão. Poderá ser utilizado o fogo. Tratando-se de dados obtidos em computadores, bastará apagá-los do disquete respectivo.

e) Segredo de justiça

Nos termos do art. 1, *caput*, da lei em testilha, a interceptação de comunicações telefônicas correrá, sempre, em segredo de justiça. Assim, somente as partes litigantes é que poderão ter acesso às informações constantes dos autos respectivos, que serão autuados em apenso aos autos principais.

Preocupado com o respeito a tal imposição, bem como a garantia constitucional ao sigilo, cuidou o legislador de criminalizar a condutas daqueles que, intencionalmente, resolverem descumprir o ordenamento jurídico.

Nesse sentido, dispõe o art. 10: *Constitui crime realizar interceptação de comunicação telefônica, de informática ou*

telemática, ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei.

Pena: reclusão de dois a quatro anos, e multa.

5. CONCLUSÕES

De todo o que foi exposto, podemos tecer algumas conclusões sobre a Lei nº 9.296/96, a saber:

1. Antes de mais nada, conclui-se que foi de suma importância a edição da Lei em apreço, regulamentando o art. 5, inc. XII, da CF, resolvendo definitivamente a discussão até então travada a nível doutrinário e jurisprudencial.

2. Apesar das lacunas e imprecisões, o regramento levado a efeito pela lei em testilha constitui valioso instrumento no combate à criminalidade.

3. As autoridades responsáveis pela persecução criminal não devem envidar esforços no sentido de lançar mão da interceptação telefônica, aplicando a lei em comento, evitando-se que o diploma não se torne mais *uma letra morta* no ordenamento jurídico. Eventuais dificuldades devem ser superadas.